Die Übernahme des Unternehmens einer offenen Handelsgesellschaft im Falle des § 142 H.G.B.

Inaugural-Dissertation

zur

Erlangung der Doktorwürde

der

Hohen rechts- und staatswissenschaftlichen Fakultät

der

Georg August-Universität zu Göttingen

R. UNIV. BIBLIOTHEEK LEIDEN

vorgelegt von

Walter Strunz
Referendar aus Hannover

Göttingen 1920.
Druck der Dieterich'schen Univ.-Buchdruckerei (W. Fr. Kaestner).

Referent: Prof. Dr. Müller-Erzbach.
Mündliche Prüfung: am 19. 1. 20.

Übersicht.

I. Das Unternehmen und das Interesse an seiner Erhaltung.
   1) Das Unternehmen.
   2) Bestandteile des Unternehmens.
   3) Zubehör des Unternehmens.
   4) Interesse an der Erhaltung des Unternehmens.

II. Die Übernahme des Unternehmens.
   1) Übernahme in sachenrechtlicher Beziehung.
   2) Verhältnis der Gläubiger und Schuldner:
      a) zum übernehmenden Gesellschafter,
      b) zum ausscheidenden Gesellschafter,
      c) Die Dienst- und Anstellungsverträge.
   3) Wirkungen der Übernahme im Innenverhältnis.
      a) Rechte des ausscheidenden Gesellschafters.
      b) Rechte des übernehmenden Gesellschafters.

Literaturverzeichnis.

Brand, Das Handelsgesetzbuch 1911.

Behrend, Lehrbuch des Handelsrechts. 1896.

Cosack, K., Lehrbuch des Handelsrechts. 7. Aufl. 1910.

Crome, C., System des bürgerlichen Rechts. 1900.

Dernburg, H., Das bürgerliche Recht des deutschen Reichs und Preußens. II, 2. 4. Aufl. 1915.

Düringer-Hachenburg, Das Handelsgesetzbuch vom 10. Mai 1897. I. Bd. 1908. IV. Bd. 1917.

Ehrenberg, V., Handbuch des gesamten Handelsrechts. I. Bd. 1913: Das Handelsregister, von Viktor Ehrenberg.
II. Bd. 1918: Das kaufmännische Unternehmen, von O. Pisko.

Entscheidungen des preußischen Oberverwaltungsgerichts.

Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen.

Entscheidungen des Reichsgerichts in Strafsachen.

Entscheidungen des Reichsoberhandelsgerichts.

Entwurf eines Handelsgesetzbuchs nebst Denkschrift. 1896.

Endemann, Lehrbuch des bürgerlichen Rechts. 3./4. Aufl. 1897.

— Handbuch des deutschen Handelsrechts. 1881.

Enneccerus, Lehrbuch des bürgerlichen Rechts. 4./5. Aufl. 1910.

Festschrift für Georg Cohn, Zürich 1915. Aufsatz von K. Lehmann: Schutz und Erhaltung kaufmännischer Unternehmen.

Gierke, O., Die Genossenschaftstheorie. 1887.

Goldmann, S., Das Handelsgesetzbuch. 1905.

Isay, Das Recht am Unternehmen. 1910.

Juristische Wochenschrift, Organ des deutschen Anwaltsvereins.

Klemm, Die Übernahme des von einer offenen Handelsgesellschaft betriebenen Geschäftes durch einen der beiden Gesellschafter im Falle des § 142 HGB.
Leipzig Diss. 1909.

Kohler, J., Lehrbuch des bürgerlichen Rechts. 1906.

Lehmann-Ring, Das Handelsgesetzbuch für das Deutsche Reich 1. Aufl. 1902; 2. Aufl. 1914.

Lehmann, K., Lehrbuch des Handelsrechts. 2. Aufl. 1913
Leipziger Zeitschrift für Deutsches Recht.
Makower, Handelsgesetzbuch mit Kommentar. 13. Aufl. 1906.
Müller-Erzbach, Deutsches Handelsrecht, 1. Lieferung. 1919.
Kap. 16: Das Handelsregister;
Kap. 17 ff.: Das Unternehmen des Kaufmanns.
Örtmann, P., Bürgerliches Gesetzbuch. Allgemeiner Teil. 1908.
— Bürgerliches Gesetzbuch. Recht der Schuldverhältnisse. 1910.
v. Ohmeyer, Das Unternehmen als Rechtsobjekt 1906.
Pisko, Das Unternehmen als Gegenstand des Rechtsverkehrs. 1907.
Plaut, Der Übergang des Geschäftes einer offenen Handelsgesellschaft auf eines ihrer Mitglieder. Göttinger Diss. 1911.
Planck, Das bürgerliche Gesetzbuch. II. Bd. 2. Aufl. 1900. 3. Aufl. 1907.
Protokolle (Nürnberger) der Kommission zur Beratung eines allgemeinen Deutschen Handelsgesetzbuches. I. Teil.
Rechtsprechung der Oberlandesgerichte auf dem Gebiete des Zivilrechtes.
Rehm, Die Bilanzen der Aktiengesellschaften etc. 2. Aufl. 1914.
Seuffert, Archiv für bürgerliches Recht und Prozeß.
Sohm, R., Der Gegenstand. 1905.
Staub, Kommentar zum Handelsgesetzbuch. 6./7. Aufl. 1900. 8. Aufl. 1906/07; 9. Aufl. 1912/13.
v. Staudinger, Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch. 3./4. Aufl. 1908.
Zeitschrift für das gesamte Handelsrecht, begründet von Goldschmidt,
Bd. 61: Müller-Erzbach, Die Erhaltung des Unternehmens;
Bd. 64: Müller-Erzbach, Schutz der Unternehmerarbeit.

Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41548107_0014

Der dieser Arbeit zugrunde liegende Fall ist sowohl ein juristischer als auch ein volkswirtschaftlicher Vorgang; beide werden wir höchstens unter dem Gesichtspunkte von einander trennen dürfen, daß wir zerlegen, um dadurch die Wechselwirkung der einzelnen Elemente aufeinander zu erkennen und diese dadurch wenigstens für die Erkenntnis noch enger zu verketten. In der Trennung zeigt sich erst die Bindung.

Das Handelsgesetzbuch bestimmt in § 142, in dem es von der offenen Handelsgesellschaft spricht:

Sind nur zwei Gesellschafter vorhanden, so kann, wenn in der Person des einen von ihnen die Voraussetzungen vorliegen, unter welchen bei einer größeren Zahl von Gesellschaftern seine Ausschließung aus der Gesellschaft zulässig sein würde, der andere Gesellschafter auf seinen Antrag für berechtigt erklärt werden, das Geschäft ohne Liquidation mit Aktiven und Passiven zu übernehmen.

Im Absatz 2 behandelt es zwei ähnliche Fälle.

Was ist unter dem Begriff „Geschäft mit Aktiven und Passiven", das übernommen werden soll, zu verstehen? In der neueren Literatur und Praxis wird für „Geschäft" meist der Ausdruck „Unternehmen" gebraucht zum Unterschiede davon, daß wir unter Geschäft oft auch lediglich eine Tätigkeit verstehen. Dieser Begriff des Unternehmens ist erst in der neueren Zeit klarer zum Bewußt-

sein gekommen und daher zum Gegenstande der Untersuchung geworden. Besondere Verdienste haben sich in der Literatur darum erworben O. Pisko[1]), Müller-Erzbach[2]), v. Ohmeyer[3]) und Isay[4]) u. a.; aber auch der Praxis und zumal dem Reichsgericht[5]) ist dieser Begriff keineswegs mehr fremd; ja er kann nach der Judikatur des letzteren als vollkommen anerkannt gelten. In seiner Behandlung macht er allerdings noch manchmal Schwierigkeiten, denn das Gesetz kennt den Begriff des Unternehmens noch nicht, obwohl auch der Gesetzgeber unbewußt mit ihm schon gearbeitet hat, wie wir in der Arbeit noch sehen werden. Was ist das Unternehmen? Es soll keineswegs versucht werden, eine für alle Fälle passende Definition des Begriffes „Unternehmen" zu geben, denn das würde schon wegen der Relativität der Begriffe ein Unterfangen von zweifelhaftem Werte sein, dagegen sei kurz zusammengestellt, was alles zum Unternehmen gehört, was unter ihm verstanden wird und zu verstehen ist.

Vorausgeschickt sei, daß der Verfasser auf dem Standpunkt von Pisko u. a. steht, daß das Unternehmen ein Rechtsobjekt und daher an sich aufzufassen und zu behandeln ist wie ein Gegenstand. Das Gesetz kennt als Gegenstand nur Sachen und Rechte, das Unternehmen ist aber unter keine dieser beiden Kategorien zu stellen; deshalb dürfen wir aber das Unternehmen keineswegs unberück-

1) Pisko, Das Unternehmen als Gegenstand des Rechtsverkehrs. Derselbe in Ehrenbergs Handbuch Bd. II. Abschnitt 2.

2) Müller-Erzbach, Lehrbuch S. 85 ff.; derselbe in ZHR. 61. 357 ff., 64. 530 ff.

3) Ohmeyer, Das Unternehmen als Rechtsobjekt.

4) Isay, Das Recht am Unternehmen.

5) RG. in vielen Entscheidungen, von denen nur genannt seien: 58,29; 61,368; 63,57; 64,55 u. 156; 67,385; besonders: 70,22, 222 u. 226; 83,60.

sichtigt lassen, sondern müssen de lege lata den Weg der Rechtsanalogie zu Hülfe nehmen, von dem Gesichtspunkt der lex ferenda aber seine Berücksichtigung als neue Kategorie von Gegenständen neben den Sachen und Rechten verlangen.

Der eigentliche Kern des Unternehmens ist eine Kraft, und zwar eine aufgespeicherte oder sich dauernd entwickelnde Kraft, und gerade deshalb ist das wirkliche Wesen so schwer erkennbar. Das Wesentliche eines Fabrikunternehmens z. B. sind nicht etwa Gebäude, Maschinen, Waren, auch nicht Forderungen oder das werbende Kapital, das mögen unbedingt notwendige Bestandteile des Unternehmens sein, der eigentliche Kern ist aber die geistige Kraft der Organisation, der einmal in Gang gebrachten Tätigkeit von Menschen und Bewegung von Sachen. Das Unternehmen als Organisation können wir von seinen Grundlagen (den Gebäuden etc.) ruhig trennen, das Unternehmen als Organismus ist selbständig (so auch RG. 70,223; 83,60; OLG. Dresden in LZ. 1910 S. 332 ff.). Von dem Untergange des Unternehmens braucht z. B. noch keine Rede zu sein, wenn bei einem Warenerzeugungs-Unternehmen die Fabrik durch Feuer vollständig vernichtet ist; mit Hilfe der Kredite oder Reserven kann sich möglicherweise alles verhältnismäßig leicht wieder beschaffen lassen, ja das Unternehmen wird sogar in der Zwischenzeit weiter arbeiten können, indem es in den Fabriken von anderen Unternehmungen die technischen Arbeiten der Produktion machen läßt. Die Quelle der Kraft des Organismus liegt auch nicht in den toten Gegenständen, mit denen das Unternehmen betrieben wird, ja nicht einmal in dem einzelnen in dem Unternehmen wirkenden Menschen. Auch dieser stirbt oft viel eher als das von ihm geschaffene Arbeitsprodukt,

sein Unternehmen. Wir dürfen deshalb auch keineswegs eine Zusammenstellung von Gebäuden, Maschinen, Waren etc. schon als ein Unternehmen bezeichnen, solange nicht das geistige Band, das sie zu einer Einheit verbindet, und die bindende Kraft, die die einzelnen Faktoren nach einer gewissen Ordnung ineinander arbeiten läßt, hinzugetreten ist.

Erschöpfende Abhandlungen darüber, worin dieser Organismus des Unternehmens besteht, finden wir in einem Aufsatz von Müller-Erzbach [1]) und bei Pisko [2]). Darnach kommen in Betracht:

1). die Organisation der Produktionsmittel. Hierunter ist zu verstehen die Erledigung der Fragen der Beschaffung der Produktionsmittel (Rohstoffe, Maschinen etc.), die Auswahl des Ortes der Betriebseinrichtung, Inbetrachtziehen der Verkehrsgelegenheiten, der zur Verfügung stehenden Kraftmittel (Kohle, Wasserkraft, Elektrizität), Unterkunftsfragen für die Arbeiter und dergleichen.

2). Die Organisation der Absatzgelegenheit. Hierher gehören Auffinden, Ausbau und Sicherung der Absatzgelegenheit, Erwerb fester Kundschaft und dergleichen. Bei den z. Zt. herrschenden außergewöhnlichen wirtschaftlichen Verhältnissen, bei denen der Markt alles aufnimmt, was ihm angeboten wird, steht diese Frage allerdings nicht so im Brennpunkt aller kaufmännischen Tätigkeit und Sorge wie in normalen Zeiten.

3). Die Geschäftsverbindungen, soweit sie nicht unter die beiden eben genanten Punkte fallen.

Zur Abgrenzung des Begriffes Unternehmen sei bemerkt, daß wir nicht schon die Ausübung einer gewerb-

---

1) Müller-Erzbach ZHR. 61,357: Die Erhaltung des Unternehmens.

2) Pisko, Das Unternehmen als Gegenstand des Rechtsverkehrs.

lichen Tätigkeit überhaupt als ein solches ansehen dürfen (z. B. betreibt die Bauersfrau, die die selbstgezogenen Produkte in die Stadt zu ihren Kunden bringt, kein Unternehmen), andererseits ist auch die Summe von Grundstücken, Gebäuden, Maschinen etc., selbst wenn sie schon passend zusammengestellt sind, kein Unternehmen, solange in ihnen noch nicht die Kraft wirkt, die sie in Gang setzt, die sie tätig werden und Werte schaffen läßt. Nicht einwandfrei ist der Gebrauch des Begriffes Unternehmen in RG 69,156 das unter Fabrikunternehmen die Fabrikanlage verstehen will.

Auch die Begriffe des Bestandteils und des Zubehörs des Unternehmens sind der Literatur nicht mehr fremd[1]). Analoge Anwendung der Bestimmungen des BGB. §§ 93 ff. und § 97 ergibt allerdings manchmal Schwierigkeiten, da hier nur über Bestandteile und Zubehör von Sachen Bestimmungen getroffen sind. Rechtspolitische und wirtschaftliche Gründe erfordern aber, daß für das Unternehmen auch entsprechende Rechtseinrichtungen für seine Bestandteile und sein Zubehör getroffen werden. Eine Anpassung an die bestehenden Vorschriften der Gesetze ist manchmal nicht ohne gewissen Zwang möglich. Als Bestandteile des Unternehmens sind zu betrachten: Fabrikgrundstücke, Gebäude, ferner die Firma, Warenzeichen, die Vorbenutzungsbefugnis einer Erfindung[2]). Nach Ansicht des Verfassers gehören hierher auch die Handelsbücher, die sonst in der Literatur unter dem Unternehmenszubehör aufgeführt werden. Dabei dürfen wir allerdings nicht so sehr an die Bücher in ihrer realen Gestalt denken; als solche sind sie bewegliche Sachen, haben

1) Müller-Erzbach, Lehrbuch. S. 88. 89; Pisko in Ehrenbergs Handbuch II S. 202.

2) Müller-Erzbach, Lehrbuch. S. 88.

eine gewisse Selbständigkeit und hätten daher als Zubehör zu gelten; für ein Unternehmen kommt es aber doch eigentlich nur auf den Inhalt an, und dieser ist doch gerade ein Teil der Organisation; hier sind die Bezugsquellen, die Absatzgelegenheiten und die Kundschaft aufgezeichnet. Vom Unternehmen getrennt, können die Bücher nur einen ganz geringen Makulaturwert aufweisen; anderseits wird auch das Unternehmen ohne seine Bücher sehr hülflos dastehen. Ferner gehört hierher auch wohl das Recht des Kontingentes, auf das in kurzen Worten eingegangen werden soll, weil es in der Literatur noch nicht erwähnt ist. Schon vor dem Kriege gab es ein solches Recht in der Form des Steuerkontingentes[1]). Darunter ist zu verstehen eine Höchstmenge von Produkten, die in schon bestehenden Unternehmungen vor Inkrafttreten gewisser Steuergesetze[2]) jährlich bereitet wurde, und die deshalb einer niedrigeren Besteuerung unterlag. Die Kriegswirtschaft hat das Kontingent in einer neuen Form entstehen lassen, die man wohl mit Rohstoffkontingent bezeichnen könnte, z. B. das Malzkontingent für Brauereien[3]); dieses ist die Befugnis, auf Grund betriebenen Gewerbes eine gewisse Menge von Rohstoffen beziehen und verarbeiten zu dürfen; berechnet wird diese Menge nach Prozenten des Verbrauches einer gewissen Zeit, meist des Friedensbedarfes eines Jahres. Im Wesen ist das Rohstoffkontingent dem Steuerkontingent gleich.

---

1) Zündwaren Steuergesetz vom 15. VII. 1909 und Branntweinsteuergesetz vom 15. VII. 1909.

2) § 3 und § 27 ff. der zitierten Gesetze.

3) Vergleiche Verordnung des Bundesrats betr. Einschränkung der Malzverwendung in den Bierbrauereien vom 15. II. 1915 § 1 RGBl. 1915. Nr. 21 S. 97) Neue Fassung RGBl. 1917 Nr. 207 S. 1058 Artikel 1 §§ 1 und 4.

Mit letzterem hat sich schon das RG. 83, 56 beschäftigt. Es handelte sich um die Frage, ob dieses Recht Bestandteil oder Zubehör des Grundstücks sei, auf dem die Fabrik betrieben wurde; eine solche Ansicht ist mit Recht abgelehnt und ausgesprochen worden, daß das Kontingent zum Unternehmen gehört. Das Recht des Kontingentes ist mit dem Unternehmen ganz eng verbunden, aus ihm heraus eigentlich geboren.

Anerkannt ist auch in der Literatur der Begriff des Unternehmenszubehör[1]). Schwierigkeiten ergeben sich insofern, als hier doch zunächst an Sachen zu denken ist, die dem wirtschaftlichen Zweck des Unternehmens zu dienen bestimmt sind, nämlich Betriebseinrichtungen wie Maschinen, Reparaturwerkstätten, Beförderungsmittel etc., diese aber im BGB. § 98 zum Teil als Zubehör der Gebäude bezeichnet werden. Müller-Erzbach[2]) sagt daher richtig, diese Sachen wären in Wahrheit garnicht Sachzubehör, sondern Unternehmenszubehör. Da sie dem Unternehmen in gleicher Weise wie das Sachzubehör der Hauptsache dienen, müsse auch hier der wirtschaftlichen Zusammengehörigkeit die rechtliche entsprechen. Anderer Meinung ist Pisko in Ehrenbergs Handbuch (II S. 202 Anm. 20), der sagt, daß grundsätzlich das Verhältnis der Sachzubehöreigenschaft der Unternehmenszubehöreigenschaft vorgeht, letztere durch erste absorbiert wird, wenn nicht besondere Umstände für das Gegenteil vorliegen. Eine für die Frage des Unternehmenszubehör nicht uninteressante Entscheidung gibt das RG. 47, 197. Hier werden Kähne auf dem einem Gasthof benachbarten Teiche, die für den

1) Müller-Erzbach, Lehrbuch S. 89; Pisko in Ehrenbergs Handbuch II S. 202.

2) Müller-Erzbach Lehrbuch. S. 89.

Gebrauch der Gäste bestimmt sind, als Zubehör des Gasthausgrundstückes angesehen, eine Entscheidung, die wir wohl nur dadurch erklären können, daß das RG. vielleicht unbewußt den Begriff des Unternehmenszubehör überspringend, die richtige Zugehörigkeit zum Gasthofbetriebe erkannte.

Als Unternehmenszubehör sind ferner anzusehen Warenvorräte, soweit sie zur Fortführung des Unternehmens nötig sind, desgleichen kleinere Summen baren Geldes [1]), wie tägliche Kassenbestände und für die laufende Geschäftsführung bestimmte Geldmittel [2]), ferner Zweigniederlassungen [3]), Telegrammadresse, nach RG. 55,121 ff. sogar das Recht, die Aushändigung der für das Unternehmen bestimmten Postsendungen zu verlangen, auch für den Fall, daß die Firma sich inzwischen geändert hat, die Postsendungen aber trotzdem noch unter der alten Firma aufgegeben sind.

Auch von Früchten des Unternehmens kann man sprechen; zu beachten ist aber, daß sie aus dem Betriebe des Unternehmens hervorgehen müssen; der Erlös aus dem Verkauf gebrauchter Maschienen würde nicht hierher gehören.

Als Rechtssubjekt ist das Unternehmen nach der herrschenden Meinung nicht mehr anzusehen [4]). Sehr bestritten und schwierig ist die Frage, ob es ein subjektives Recht am Unternehmen gibt [5]).

---

1) Pisko, in Ehrenbergs Handbuch. II S. 203.

2) Eine bestimmte Abgrenzung gibt nur das preußische Gesetz über die Bahneinheiten vom 8. VII. 1902 in § 4 Abs. 2.

3) RG. 38,263.

4) Pisko, in Ehrenbergs Handbuch II S. 209. Anders noch Endemann, Handbuch des deutschen Handelsrechts § 43, Das Geschäft als Subjekt.

5) Gegen die Annahme eines Rechtes am Unternehmen sind: Örtmann, BGB. Allgemeiner Teil S. 239 Vorbemerkung zum Ab-

In einem Unternehmen stecken absolute Werte, die bei seinem Untergang verloren gehen, denn der Wert der einzelnen Teile des aufgelösten Unternehmens steht zu dem Gewesenen in gar keinem Verhältnis. An der Erhaltung dieser Werte besteht deshalb ein vielseitiges Interesse. Einmal ist im allgemeinen die Öffentlichkeit und damit der Staat daran interessiert; denn durch die Zerstörung eines lebensfähigen wirtschaftlichen Organismus wird die gesamte Volkswirtschaft geschädigt, da nicht nur

---

schnitt Sachen; Kohler, Lehrbuch § 214 S. 478; Planck, BGB. II § 823; Lehmann, Lehrbuch § 34 S. 174; Düringer-Hachenburg, HGB. § 25,4 a Anmerkung 13; für die Existenz sind: Enneccerus, Lehrbuch, Recht der Schuldverhältnisse, I. Bd. 2. Abteilung § 451 Anm. 6; Pisko, Das Unternehmen als Gegenstand des Rechtsverkehrs; Derselbe in Ehrenbergs Handbuch Bd. II S. 197; S. 219 und §§ 27 ff.; Isay, Das Recht am Unternehmen. Nicht ohne Bedenken Müller-Erzbach, Lehrbuch S. 87, ZHR. 71 S. 424 ff.; Juristisch logisch ist ein Recht am Unternehmen denkbar. Die französische Gesetzgebung (Loi relative à la vente et au nantissement des fonds de commerces v. 17 III. 1909) läßt die Bestellung eines Pfandrechtes am Unternehmen durch Eintragung in ein Register zu; im österreichischen Recht ist die Zwangsvollstreckung im Wege der Zwangsverwaltung (Gesetz vom 17. Mai 1896) möglich. Schwierig ist die Gestaltung nach unserm deutschen Recht. Örtmann und Kohler lehnen ein Recht am Unternehmen ab, weil sie bei dem Begriff Unternehmen nur an die Sachgesamtheit, an die Summe der Gebäude, Maschinen usw. denken. v. Ohmeyer sieht diese durch das gemeinsame Band der Organisation verbundenen Vermögensstücke als ein Sondervermögen an, an dem nun ein einheitliches Recht bestehen soll. Isay sieht im Unternehmen ein Immaterialgut, an dem ein subjektives Recht bestehen kann. Auch das RG. hat sich in vielen Entscheidungen, die zum Teil aufeinander verweisen (RG. 56,275. 64,55 und ziemlich klar S. 156; 58,30; RG. in J.W. 06 S. 164 Nr. 7; RG. 70,220 ff.; 73,111) damit befaßt, ob ein Recht am Unternehmen anzuerkennen sei, meist in Verbindung mit der Frage der Anwendung des § 823 Absatz 1. Die angegebenen Entscheidungen nehmen ein Recht am Unternehmen an, doch ist die Rechtsprechung nicht einheitlich, denn in RG. 68,54; 59,32; 70,228 wird der Bestand eines solchen Rechtes verneint.

wie vielfach sonst bei privaten Verlusten eine bloße Wertverschiebung, sondern ein absoluter Wertverlust eintritt. Neben der Allgemeinheit haben aber durchgehends, so auch in unserem Falle, in dem die Gesellschaft aufgelöst und das Unternehmen übernommen werden soll, die direkt Beteiligten ein besonderes Interesse an der Erhaltung des Unternehmens: zunächst derjenige, der das Geschäft übernehmen soll, denn an dieses knüpfen sich unter Umständen seine Existenz, seine Lebensstellung und sein ganzes Vermögen, ferner auch der Ausscheidende, denn er erhält dann nicht nur die Liquidationsrate, sondern es wird bei Berechnung seines Anteils, wie wir sehen werden, der Wert des Geschäftsvermögens zugrundezulegen sein, wie er sich ergibt unter Berücksichtigung des im Betriebe befindlichen Unternehmens.

An der Erhaltung des Unternehmens besteht, wie eben gezeigt, ein vielseitiges Interesse. Dieses hat auch das Gesetz zu berücksichtigen, das auch in vielen Fällen mehr oder weniger bewußt diesem Gesichtspunkte Rechnung getragen hat. Eine solche Bestimmung, die auf die Erhaltung des Unternehmens abzielt, ist unter vielen anderen auch die des § 142 HGB.

Von dem Gesichtspunkt der Erhaltung des Bestehenden ließen sich auch Gründe anführen, die das Fortbestehen nicht nur des Unternehmens, sondern auch des Gesellschaftsverhältnisses für den Fall, daß eine Gesellschaft nur aus zwei Mitgliedern besteht und der eine Gesellschafter ausscheiden muß, rechtfertigen würde. Will der zurückbleibende Gesellschafter das Geschäft auf die Dauer nicht allein übernehmen, hat aber z. Zt. keinen andern Gesellschafter zur Hand, der sofort für den ausscheidenden einspringt, so kann er ein großes Interesse

daran haben, das das bestehende Rechtsgebilde der Gesellschaft als fortbestehend angesehen wird, bis sich ein Teilnehmer findet. Dadurch vermeidet er, daß das Gesellschaftsvermögen, das bis dahin eine gewisse Selbständigkeit besaß, z. B. war Zwangsvollstreckung in dieses allein möglich, mit seinem Privatvermögen verschmilzt; Mühe und Kosten einer Neugründung würden erspart etc. Soweit geht das Gesetz im § 142 aber nicht, daß es das Gebilde der Gesellschaft, als fortbestehend anerkennt, wie es z. B. nach §§ 138, 139, 140 der Fall ist, wenn mehr als ein Gesellschafter zurückbleibt. Wohl aber ist, wie schon gesagt, der § 142 eine Bestimmung des Gesetzes, die darauf abzielt, das Unternehmen in seinem Bestand zu schützen, es unabhängig von dem Schicksal des Gesellschaftsverhältnisses zu machen.

Wir kommen nun zu der Frage, wie erreicht das Gesetz diesen Zweck, d. h. wie geht die Übernahme rechtlich vor sich und welche Folgen knüpfen sich daran?

In dem Klageantrag, in dem der Kläger in dem Falle des § 142 Abs. 1 die Übernahme des Geschäftes verlangt, liegt auch der Antrag auf *Auflösung der Gesellschaft*. Das Gesetz spricht allerdings nicht von der Auflösung, und auch im Abs. 3 des § 142 spricht es nur von Regeln über Ausscheiden aus einer Gesellschaft, die Anwendung finden sollen. Aber wir dürfen und müssen wohl annehmen, und auch das Gesetz wird das gewollt haben, daß in dem Antrag auf Übernahme, gegründet auf § 142 HGB., zugleich die Absicht ausgedrückt ist, daß die Gesellschaft für aufgelöst erklärt werden soll[1]), denn die Auflösung der Gesellschaft ist die aus der Übernahme sich

1) Lehmann-Ring, § 142 Anmerkung 2.

ergebende Folge[1]). Hierdurch ergibt sich die Notwendigkeit einer Auseinandersetzung, die inbezug auf das Geschäft nach § 142 Abs. 1 durch dessen Übernahme durch den einen der beiden Gesellschafter sich vollzieht.

Für die Art des Überganges des Geschäftes mit Aktiven und Passiven wären drei Möglichkeiten denkbar; der Übergang könnte sich vollziehen im Wege der Einzelnachfolge, der Gesamtrechtsnachfolge oder der Anwachsung. Die Meinungen gehen denn hierüber auch auseinander. Für Anwachsung sprechen sich aus: RG. 65,227; 68,410; OLG. R. 32,109; in der Literatur Makower[2]), Goldmann[3]) und Staub (6./7. Aufl.)[4]); dagegen sind für Einzelrechtsnachfolge Lehmann[5]), Pinner (bei Staub 8./9. Aufl.)[6]) und zweifelnd Lehmann-Ring[7]).

Zur Klarstellung dieser bestrittenen Frage seien hier zwei Gesichtspunkte hervorgehoben, die nicht miteinander verwechselt werden dürfen. Es soll ein Geschäft mit Aktiven und Passiven übernommen werden, in erster Linie also das Unternehmen. Der Umstand, daß es sich um die Übernahme eines Unternehmens handelt, hat nicht zur Folge, das nun anstatt der Einzelrechtsnachfolge etwa Universalnachfolge oder Anwachsung stattfindet. Universalnachfolge oder Anwachsung findet nur statt in den im Gesetze besonders bestimmten Fällen, für den Übergang eines Unternehmens hat das Gesetz keine solche Bestimmung erlassen; soll ein Unternehmen übereignet werden,

1) RG. in LZ. 09 S. 228 Nr. 3.
2) Makower, § 142 Anmerkung 4.
3) Goldmann, § 142 Anmerkung 15.
4) Staub (6./7. Auflage) § 142 Anmerkung 2. u. 3.
5) Lehmann, ZHR. 50,35; Lehrbuch § 64.
6) Pinner bei Staub 8./9. Auflage § 142 Anmerkung 3.
7) Lehmann-Ring, § 142 Anmerkung 4.

so ist dieses selbst, wie auch jeder seiner Bestandteile, nach den für den einzelnen Gegenstand geltenden Vorschriften des Gesetzbuches zu übertragen; der Erwerber wird nur Eigentümer jener Sachen und Rechte, betreffs deren der vom Gesetz verlangte Tatbestand erfüllt ist. Eine lex specialis ist die Bestimmung des § 151 Abs. 2 Versicherungsvertragsgesetz, nach der die Rechte des Unternehmers aus einer Versicherung wegen Haftpflicht ipso iure mit dem Unternehmen übergehen.

Anders liegt die Sache aber in unserem Fall. Hier hat ein Gesellschaftsverhältnis zwischen den Beteiligten vorgelegen, die bis dahin bestehende offene Handelsgesellschaft ist aufgelöst worden und es übernimmt nun einer der Gesellschafter das Geschäft mit Aktiven und Passiven. Es erhebt sich die Streitfrage, ob Rechtsnachfolge oder ob Anwachsung stattfindet. An und für sich ist ja zuzugeben, daß ein Personenwechsel insoweit stattfindet, als die Gesellschaft aufgelöst wird, und der übrigbleibende Gesellschafter jetzt das Subjekt der Rechte und Verbindlichkeiten wird, insoweit also Rechtsnachfolge gegeben erscheint. Aber das Gesetzbuch bestimmt in § 142 Abs. 3, daß die für das Ausscheiden eines Gesellschafters geltenden Grundsätze entsprechende Anwendung finden sollen. Was bedeutet diese Bestimmung? In der Literatur und in der Rechtsprechung ist die Frage überaus bestritten. Die eine Ansicht geht dahin, daß durch den Absatz 3 die Anwendung des § 738 BGB. bestimmt werden sollte, also Anwachsung stattfinde. Dieser Ansicht ist Staub (6./7. Aufl.)[1]), der sie damit begründet, daß hier ein analoger Zustand geschaffen werden sollte, wie beim Ausscheiden eines Mitgliedes der Gesell-

1) Staub, 6./7. Auflage § 142 Anmerkung 2 u. 3.

schaft nach § 140 HGB., in welchem Falle die Gesellschaft unter den verbleibenden Gesellschaftern fortbesteht. In demselben Sinne sprechen sich auch aus Makower [1]) u. Goldmann. [2]) Anderer Meinung ist Pinner bei der Bearbeitung von Staub (8./9. Aufl.) [3]) der die Bestimmung des Gesetzes anders auslegen will. Pinner meint, daß Singularnachfolge stattfinde und stützt diese Ansicht einmal auf die Fassung des Gesetzes, daß der Übernehmer „für berechtigt erklärt werden kann, das Geschäft zu übernehmen", und folgert hieraus, daß die Übernahme nicht kraft Gesetzes, sondern erst durch eine auf das Urteil folgende Willenserklärung erfolgt. Universalnachfolge, oder was hier darin wohl inbegriffen sein soll, Anwachsung, findet aber nur kraft Gesetzes in den besonders bestimmten Fällen statt, sodaß in diesem Falle hierfür keine Möglichkeit gegeben wäre. Hiergegen ist aber zu sagen, daß es nicht ohne weiteres angängig ist, den Gesetzestext in dieser Weise auszulegen. Wir werden vielmehr besser mit Staub (6./7. Aufl.) [4]) sagen daß das Gesetz dem Gesellschafter das Recht gibt, durch Klage Auflösung und Übernahme zu verlangen; dieses Recht hat er ausgeübt durch Erhebung der Klage, und durch Urteil ist es ihm zugesprochen; von einer nochmaligen Erklärung, daß er nun das ihm zugesprochene Recht auch ausüben wolle, werden wir wohl absehen können und müssen, auch schon im Interesse des anderen Beteiligten, der ja nun auch ein Recht auf seine Abfindungssumme erhalten hat. Des weiteren stützt sich Pinner auf die Auslegung des Wortes „entsprechende An-

1) Makower, § 142 Anmerkung 4.
2) Goldmann, § 142 Anmerkung 15.
3) Staub, 8./9. Auflage. § 142 Anmerkung 3.
4) Staub, 6./7. Auflage § 142 Anmerkung 2.

wendung" und meint, daß diese einschränkend in der Weise zu verstehen ist, daß die Anwachsung nur stattfinden soll, wenn alle sonstigen Grundlagen gegeben sind. Nach Pinners Ansicht verlangt § 738, daß noch eine Gesellschaft übrig bleibt, damit die Anwachsung an die übrigen Gesellschafter stattfinden kann, was im Falle des § 142 nicht der Fall sei, weil hier die Gesellschaft ja notwendigerweise aufgelöst wird. Daher könne von einer entsprechenden Anwendung nicht gesprochen werden. Auch diese Begründung dürfte nicht stichhaltig sein. Ob das Wort „entsprechend" einschränkend oder nur hinweisend zu verstehen ist, mag dahingestellt bleiben; eine derartige Auslegung von Worten gibt immer nur fragliche Werte; der Sinn des Abs. 3 würde aber kaum zu begreifen sein, wenn er auf anzuwendende Vorschriften hinweisen wollte, die sich nachher als unanwendbar herausstellen, weil die Voraussetzungen nicht alle erfüllt sind. Auch Lehmann-Ring [1]) bestreitet in seiner 1. Auflage, daß in dem Falle des § 142 Anwachsung stattfinde, da der Fall hier anders liege als bei Ausscheiden eines Gesellschafters aus einer fortbestehenden Gesellschaft, ohne diese Behauptung aber näher zu begründen. Des weiteren behauptet er, daß das Gesetz in § 142 Abs. 3 nur die obligatorische Seite zwischen dem Ausscheidenden und Zurückbleibenden habe regeln wollen, nicht die sachenrechtliche; andernfalls hätte es sich deutlicher ausgedrückt, wenn es Universalnachfolge resp. Anwachsung habe stattfinden lassen wollen; warum die Verweisung des § 142 Abs. 3 nicht deutlich genug ist, ist aber nicht einzusehen; bei einer allgemeinen Regelung werden die einzelnen Momente doch gewöhnlich nicht wiederholt. Zweifelnd ist Lehmann-Ring auch schon in seiner 2. Auf-

1) Lehmann-Ring, 1. Auflage § 142 Anmerkung 4.

lage.[1]) Auch die Praxis hat sich keineswegs einheitlich entschieden. Die frühere Rechtsprechung hat grundsätzlich den § 738 BGB. im Falle des § 142 HGB. nicht für anwendbar erklärt.[2]) Das Reichsgericht hat aber in Bd. 65 S. 227 und 68,414 klare Stellung zu dieser Frage genommen mit dem Ergebnis, daß in unserem Fall Anwachsung stattfindet. Es kommt zu diesem Schluß, indem es die innere Verbindung der Paragraphen des Bürgerlichen Gesetzbuches und des Handelsgesetzbuches betrachtet. Nach § 105 Abs. 2 HGB. gelte der § 738 auch für die offene Handelsgesellschaft; direkte Anwendung des § 738 finde also statt in den Fällen des § 138, 140, 141 HGB. Da nun aber in dem besonderen Falle des § 142 auf diese Paragraphen des Handelsgesetzbuchs verwiesen sei, sei damit auch die Anwendbarkeit des § 738 BGB. gegeben. Für die beschränkende Auslegung, daß durch die Verweisung des § 142 Abs. 3 nur die obligatorische Seite geregelt sei, liege aber kein Anhalt vor. Aus dem inneren Wesen der Gesamthand, worauf wir noch zu sprechen kommen werden, diese Folgerungen aber abzuleiten, lehnt das RG. in dieser Entscheidung ab. (S. 237). Dem RG. haben sich dann auch, teilweise in Abänderung ihrer früheren Ansicht, das Kammergericht[3]) und das Oberverwaltungsgericht[4]) angeschlossen.

Aber auch aus der allgemeinen Rechtslage läßt sich dieser Enderfolg wohl rechtfertigen, was das RG. allerdings bezweifelt (65, 236). Wir sahen, daß ein rechtspolitischer Grund des § 142 der war, nach Möglichkeit die

1) Lehmann-Ring, § 142 Anmerkung 4, 2. Auflage.

2) RG. 61,75; zweifelnd Seufferts A. 60,97; ferner OLG. R. 9,255; 13,23.

3) KG. im Recht 08 Beil. II S. 156 Nr. 931.

4) OVG. Band 31 S. 43 und 41,79.

bestehenden Verhältnisse zu erhalten; wo dieses nicht möglich ist, müssen sich aber die Folgen, die sich aus einer Veränderung der Rechtsverhältnisse ergeben, möglichst an das vorhergehende anschließen. Das bestehende Verhältnis war aber das der Gesellschaft mit dem Prinzip der Gesamthand und des Gesamthandseigentums, und wenn wir in unserem Falle mit dem RG. Anwachsung annehmen, so ist das gerade die Fortsetzung dieses Prinzipes, und es zeigen sich hierin die aus der Beendigung der Gesamthandsverhältnisse sich ergebenden Folgen. Wie wir uns die Gesamthand vorzustellen haben, ist allerdings eine Frage, die keineswegs einheitlich beantwortet wird. Von den vier Haupttheorien seien genannt:

1) die sog. Theorie der geteilten Mitberechtigung, die ein Eigentum pro indiviso mit festen oder dauernd wechselnden Quoten annimmt, vertreten von Cosack [1]), Laband [2]), Dernburg [3]).
2) die sog. Theorie der ungeteilten Gesamtberechtigung, die Gesamteigentum ohne Quoten annimmt. Gierke [4]), Endemann [5]), Planck [6]), Staub [7]), Düringer-Hachenburg [8]), RG. 56, 209.
3) die Theorie des wandelbaren Wertanteils kraft Personenrechtes, Sohm [9]);

---

1) Cosack, Lehrbuch des HR. § 107 III, 1 b.
2) Laband, ZHR. 31,41 ff.
3) Bürgerliches Recht, Band II, 2 § 359 II.
4) Gierke, Genossenschaftstheorie S. 344.
5) Endemann, Lehrbuch Band I § 108 II.
6) Planck, Bürgerliches Gesetzbuch 3. Auflage Vorbemerkung vor § 705 II, 3.
7) Staub, § 105 Anmerkung 27.
8) Düringer-Hachenburg, HGB. IV. Allgemeine Einleitung Anmerkung 20 ff.
9) Sohm, Der Gegenstand § 12.

4) schließlich diejenige, die die Beteiligung nur als eine Forderung des einzelnen gegen die Gesellschaft betrachtet[1]).

Verfasser steht unter Berücksichtigung des geschichtlichen Werdeganges des Gesamthandsverhältnisses auf dem Standpunkt der ungeteilten Gesamtberechtigung. An den der Gesamthand gehörigen Gegenständen besteht kein bloßes Miteigentum, sondern volles Eigentum eines jedes einzelnen Beteiligten; dieses hat ganz von selbst zur Folge, daß keiner einzeln über die Sache verfügen kann, denn daran hindert ihn ja das Eigentumsrecht der anderen. Denkbar ist, daß einer gegen Abfindung sein Eigentumsrecht aufgibt, dann bleiben die übrigen Eigentümer; das Gesetz spricht dann von Anwachsung; streng genommen ist hier gar nichts angewachsen; denn ein jeder hat ja Eigentum am Ganzen gehabt und hat auch jetzt nicht mehr, nur daß zu einer Verfügung genügt, daß die Überbleibenden sich einig sind. Wenn dieser Vorgang, den wir mit dem Gesetz Anwachsung nennen wollen, sich vollziehen soll, wenn von mehreren Mitgliedern eines ausscheidet und noch mindestens zwei übrig bleiben, die die Gesamthand fortsetzen, so ist kein Grund zu sehen, warum Anwachsung nicht auch dann stattfinden soll, wenn das Gesamthandsverhältnis nur unter zwei Mitgliedern bestand und durch den Wegfall des einen der andere allein übrig bleibt; dieser kann nun über den Gegenstand des früheren Gesamthandseigentums, an dem er ja schon volles Eigentum hatte, allein verfügen. Anders würde das erst, wenn ein Dritter die Sache erhalten soll; dann tritt ein wirklicher Wechsel der Subjekte ein; dann kann von Anwachsung natürlich keine Rede mehr sein. Zugegeben mag

1) Behrend, Lehrbuch d. HR. § 66 II, 1; RG. 18,43; 30,152.

sein, daß die in § 738 BGB. angeordnete Anwachsung nur für die Fälle gelten sollte, daß noch eine Gesellschaft, also mindestens zwei Mitglieder, übrig bleiben. Der allein übrig bleibende Gesellschafter wird dann als ein Dritter anzusehen sein, der von der Gesellschaft die Gegenstände erwirbt. Dieses ist eigentlich eine Konsequenz der Durchführung des Gedankens der römischen Societas, der hier wieder zum Durchbruch kommt. Die Gesellschaft ist danach ein iuris vinculum der Beteiligten, und sobald dieses durch Austritt eines Gesellschafters gelöst wird, muß eine neue Gesellschaft von den übrig Bleibenden gegründet werden, die dann Rechtsnachfolgerin der ersten werden kann. Eine grundsätzlich andere Auffassung hat das Bürgerliche Gesetzbuch, in welches das aus dem deutschen Recht stammende Gebilde der Gesamthand aufgenommen ist. Die Gesamthand kennt eine solche Auflösung im Falle des Austretens eines Mitgliedes nicht; die letzten Konsequenzen aus dem Gesamthandsprinzip sind aber für den Fall, daß nur ein Gesellschafter übrig bleibt, nicht gezogen. Zugegeben mag daher sein, daß nach dem Wortlaut des Gesetzes der § 738 Abs. 1 nur Anwendung findet, wenn eine Gesellschaft fortbesteht. Aus dem Gesichtspunkt aber, daß § 142 Abs. 3 HGB. nicht auf eine Einzelvorschrift, die sich nachher als unbrauchbar herausstellt, sondern auf die Regelung eines Prinzipes mit dessen Folgen verweisen wollte, werden wir Anwendung in ähnlichen Fällen als zulässig bezeichnen dürfen. Demnach würde auch in dem Falle, daß nur ein Gesellschafter übrig bleibt, Anwachsung anzunehmen sein.

Die Folgen der Anwachsung sind, daß das Geschäft mit allen Aktiven und Passiven übergeht, daß alle Vermögensrechte Alleineigentum des Übernehmenden werden.

Grundstücke brauchen nicht aufgelassen zu werden, — für sie käme nur Berichtigung des Grundbuches nach § 894 BGB. in Frage, Sachen nicht übergeben, Forderungen nicht übertragen zu werden. Die Übernahme vollzieht sich kraft Gesetzes infolge des Ausscheidens des anderen Gesellschafters,[1]) in unserem Falle mit Rechtskraft des Urteils[2]). Der Erfolg entspricht auch den wirtschaftlichen Interessen der Beteiligten; denn die Übernahme soll möglichst unter Vermeidung jeglichen Aufhebens und Ersparung unnötiger Kosten vor sich gehen.

Es handelt sich nun um die Wirkungen der Geschäftsübernahme und dabei werden wir die Wirkungen im Außenverhältnis d. h. Dritten gegenüber und im Innenverhältnis d. h. im Verhältnis der Gesellschafter untereinander zu unterscheiden haben. Das Unternehmen als solches kommt als Rechtssubjekt, wie wir schon festgestellt haben, nicht in Frage. Forderungen und Schulden sind rechtlich mit ihm nicht verbunden; wie weit sie das in wirtschaftlicher Beziehung sind, ist natürlich eine andere Frage. Im Außenverhältnis ist hier in erster Linie an die Gläubiger, dann an die Schuldner zu denken.

Das Verhältnis zwischen Gläubiger und Übernehmenden wird insofern im anzustrebenden Erfolg keine Schwierigkeiten machen, als der Gläubiger durch die Übernahme weder schlechter gestellt werden darf, noch besser gestellt zu werden ein Anrecht hat. Der übernehmende Gesellschafter haftet für die Verbindlichkeiten den Gläubigern aus § 128 HGB. Einen neuen Haftungsgrund aus § 25 als Erwerber des Handelsgeschäftes herzuleiten,

---

1) Staudinger, § 738 Anmerkung 1 S. 1178.

2) Makower § 140, III a; Staub § 140 Anmerkung 6; Lehmann-Ring § 140 Nr. 6; Goldmann § 142 Anmerkung 6 b, aa.

ist aber weder möglich noch nötig; denn die Haftung aus § 25 hat zum Grunde den Erwerb, und zwar den Vollerwerb eines Handelsgeschäftes; ein solcher liegt aber in unserem Falle, wie aus obigen Ausführungen hervorgeht, gar nicht vor; es hat lediglich die Inhaberschaft in der Weise gewechselt, daß ein Gesellschafter ausgeschieden ist, während dem anderen verblieben ist, was ihm auch schon vorher gehörte.

Nicht zweifellos dürfte dagegen die Frage sein, ob sich der Übernehmer auf die Verjährung des § 159 berufen kann. Die Gesellschaft ist allerdings aufgelöst, insofern § 159 anwendbar; aus allgemein-rechtlichen Erwägungen scheint aber kein Grund vorzuliegen, daß der Übernehmer, der sonst alle Vorteile aus der Aufrechterhaltung der bestehenden Verhältnisse hat, in dieser Beziehung, wo ihm die Auflösung rechtlichen Vorteil bringen würde nun diese zu seinem Vorteil geltend machen kann und insofern besser gestellt werden soll, indem die Ansprüche, die ursprünglich der gewöhnlichen Verjährung unterlagen, nun nach fünf Jahren der Einrede der Verjährung ausgesetzt sein sollen. Rechtlich wäre die Frage auch zu prüfen, ob nicht ein neuer Verpflichtungsgrund auf seiten des Unternehmers vorliegt; ist letzteres der Fall, so würde die Verjährung aus § 159 in Verb. m. § 128 nicht stattfinden; so auch mit dem RG. [1]) die Kommentare. [2]) Diese setzen allerdings außer der Übernahme der Passiven als internen Vorgang für eine andere Verjährungszeit als die des § 159 voraus, daß ein neuer Verpflichtungsgrund auch den Gläubigern gegenüber vorliegt und sehen einen solchen vornehmlich in öffentlicher Bekanntmachung, Benachrich-

1) RG. 10,47; 31,46.

2) Goldmann, § 159 Nr. 3.; Staub § 159 Anmerkung 3; Lehmann-Ring, § 159 Anmerkung 3.

tigung der Gläubiger, etc. Es soll untersucht werden, ob ein solches Erfordernis auch für unseren Fall aufzustellen ist. Soweit nicht Mitteilung an die einzelnen Gläubiger gemacht wird, müßte, um den wohl anerkannten technischen Ausdruck zu gebrauchen, eine „Erklärung an die Öffentlichkeit“ [1]) vorliegen, in der eine Verpflichtung zu erblicken wäre, die Verbindlichkeiten zu übernehmen. Eine solche liegt in der Anmeldung zur Eintragung in das Handelsregister und zur Bekanntmachung nach § 15 HGB. [2]) Ist nun in unserem Falle eine Eintragung überhaupt nicht erfolgt, so beginnt die Verjährungsfrist des § 159 Abs. 1 auch nicht zu laufen (§ 159 Abs. 2, [3]) selbst wenn der Dritte, gegen den die Einrede der Verjährung geltend gemacht werden soll, die Auflösung der Gesellschaft kannte; denn der Beginn der Verjährung ist vom Gesetz ausdrücklich von der Eintragung abhängig gemacht worden; die Eintragung hat hier ausnahmsweise für den Beginn der Verjährungszeit konstitutiven Charakter. Ist dagegen Auflösung und Übernahme des Geschäftes eingetragen, so

---

1) Müller-Erzbach, Lehrbuch. S. 81.

2) Ehrenbergs Handbuch I S. 646; In einer solchen Anmeldung und Eintragung liegt eine öffentlich im Rechtsverkehr abgegebene Erklärung (RG 51,37), die eine selbständige juristische Bedeutung hat und die auch Rechtswirkungen in Beziehung auf dritte Personen zu äußern bestimmt ist (RG. 57,229); dies ist die Publizitätswirkung der Eintragung. Anzumelden zur Eintragung ist nach § 145 HGB. die Auflösung der Gesellschaft, wie auch das Ausscheiden eines Gesellschafters; es wird aber in unserem Falle wohl genügen, wenn nur das Ausscheiden eines Gesellschafters eingetragen und bekannt gemacht ist, da, wie wir schon sahen, Auflösung der Gesellschaft dann die notwendige Folge ist (so auch RDHG. 21,192;) Da der Übernehmende jetzt Einzelkaufmann ist, muß nach § 31 HGB. aber auch außerdem die Eintragung der Übernahme des Geschäftes verlangt werden.

3) Ehrenbergs Handbuch I S. 632.

kann man in der Eintragung der Übernahme die geforderte Erklärung erblicken, die Verbindlichkeiten zu übernehmen. Schwierigkeiten macht aber der immerhin denkbare Fall, daß zwar die Auflösung der Gesellschaft oder das Ausscheiden des Gesellschafters, aber nicht die Übernahme angemeldet, eingetragen und bekannt gemacht wird. Wenn wir die Übernahme der Passiven nur als internen Vorgang ansehen, so fehlt hier ein nach außen hervortretender Verpflichtungsgrund den Gläubigern gegenüber; einen solchen in dem Antrage bei Gericht auf Übernahme des Geschäftes mit Aktiven und Passiven zu erkennen, sehen zu wollen, ist wohl ein gewagter Gedanke. Trotzdem erfordert aber die Interessenlage, daß die Verjährung nach § 159 nicht eintritt; die Ansicht, daß eine Erklärung des Übernehmenden den Gläubigern gegenüber unbedingt vorliegen muß, läßt sich nicht halten. Die Verpflichtung liegt vielmehr schon in der Übernahme des Geschäftes mit Aktiven und Passiven; in unserem Falle des § 142 ist eine Übernahme des Geschäftes mit den Passiven gar nicht möglich, ohne daß damit die Verpflichtung der Übernahme der Schulden auch den Gläubigern gegenüber verbunden ist. Der Grund der besprochenen Schwierigkeiten liegt darin, daß der Gesetzgeber sich dessen nicht bewußt gewesen ist, daß neben der Gesellschaft auch noch das Unternehmen existiert und daß das Schicksal dieser beiden nicht durchaus aneinander gebunden ist. Er hätte sonst den § 159 anders gefaßt oder doch eine Bestimmung getroffen, die für den Fall, daß die Gesellschaft aufgelöst wird, das Unternehmen aber fortgeführt wird, die kürzere Verjährung für den Übernehmenden nicht hätte eintreten lassen. Denn der Gesichtspunkt, der bei der Festsetzung des § 159 mitbestimmend gewesen sein wird, in dem Protokoll der Ver-

handlungen allerdings nicht ganz deutlich zum Ausdruck kommt,[1]) daß nämlich bei Auflösung der Gesellschaft oder Ausscheiden eines Gesellschafters den bisherigen Gesellschaftern die Möglichkeit der Kontrolle der Zahlungen, der Aufbewahrung der Belege und Quittungen etc. genommen wird, kommt für den Fall, daß das Gesellschaftsverhältnis zwar aufgelöst, das Unternehmen aber fortgeführt wird, nur für den Ausscheidenden, denn er scheidet ja auch aus dem Unternehmen aus, nicht aber für den Übernehmenden in Frage. Zu dem gleichen Erfolge, daß die Verjährung des § 159 nicht eintrete, kommen auch die Kommentare von Lehmann-Ring (§ 158 Nr. 1), Makower (§ 142 Anm. 4), Goldmann, (§ 159 Anm. 3); eine Begründung bringen sie aber nicht.

Das Verhältnis der Schuldner zu dem Übernehmenden regelt sich in ähnlicher Weise; die Forderungen sind auf den Übernehmer übergegangen, an ihn sind diese jetzt zu zahlen. Der Schutz der §§ 406 ff. BGB. geht den Schuldnern deshalb nicht verloren.

Sowohl Schuldner als auch Gläubiger sind die Vertragsgegner aus Dienst- und Anstellungsverträgen. Die Frage ist die, ob bei Wechsel des Unternehmers und Erhaltung des Unternehmens die Verträge bestehen bleiben, ob diese sozusagen an das Unternehmen gebunden sind. Die frühere Rechtsprechung faßte das Dienstverhältnis als ein rein persönliches zwischen dem Prinzipal und dem Angestellten auf; Seufferts Archiv Bd. 48. S. 277/78, Gewerbe- und Kaufmannsgericht 12,67; auch RG. 36,50 gibt dem deutlich Ausdruck, indem es das alte Vertragsververhältnis zwischen den beiden ursprünglichen Kontrahenten als aufrechterhalten ansieht, obwohl das Unternehmen,

1) Nürnberger Protokoll zu Buch II Abschnitt VI S. 262 ff.

in dem der Angestellte seine Dienste leistet, bereits in andere Hände übergegangen war. Ja die Aufgabe des Unternehmens oder die Veräußerung desselben wird sogar möglicherweise als wichtiger Grund angesehen, die Kündigung des Dienstverhältnisses nach BGB. § 626, HGB. § 70 zu rechtfertigen (RG. 58,257). [1]) Auch letztere Entscheidung betont wieder als entscheidend das gegenseitige Vertrauensverhältnis der Vertragsschließenden und lehnt ganz entschieden eine Verpflichtung, sei es des Angestellten, sei es des Unternehmers, der das Unternehmen übernimmt, auf Fortsetzung des Dienstverhältnisses ab. Eine andere Stellung nehmen dagegen die neuen Kommentare ein, so Düringer-Hachenburg zu § 70 Anm. 13, der den Gedanken zum Ausdruck bringt, daß besonders bei großen Unternehmen die Persönlichkeit des Prinzipals immer mehr zurücktritt, daher die Dienste auch nicht dem Prinzipal persönlich, sondern dem Unternehmen geleistet werden. Er will daher bei Übergang des Geschäftes auf einen neuen Inhaber die abgeschlossenen Vertragsverhältnisse bestehen lassen. Die Judikatur des Reichsgerichts gibt uns für eine solche Lösung der Frage noch keine Entscheidung, in der eine solche Ansicht klar zum Ausdruck käme. Heranzuziehen wäre hier allenfalls die Entscheidung 81,154 Abs. 2, die den Fall der Übernahme einer AG. durch eine andere ohne daß Liquidation stattfindet, behandelt. Im Erfolg würden hiernach die Vertragsverhältnisse, die in dem Unternehmen ihren eigentlichen Ursprung haben, bestehen bleiben, da ja auch das Unternehmen an sich bestehen

1) Schwankend RG. in JW. 1911 S. 58; dort soll es auf die Umstände ankommen; es heißt dort: Nicht einmal die Aufgabe des ganzen Geschäftes berechtigt unter Umständen den Prinzipal zur sofortigen Kündigung.

bleibt, und nur der Unternehmer wechselt. Die Begründung findet das RG. aber in der Gesamtrechtsnachfolge, in dem Übergang der Verpflichtungen von dem einen Subjekt auf das andere Subjekt; von der Beziehung zum Unternehmen ist hier keine Rede, Eine Verknüpfung der Vertragsverhältnisse aus Dienstvertrag etc. mit dem Unternehmen können wir vorläufig wohl nur unter dem Gesichtspunkt der lex ferenda betrachten.[1])

Ähnlich würde es sich mit der Bevollmächtigung verhalten. Daß auch hier für deren Aufrechterhaltung gewichtige Interessen auf beiden Seiten vorhanden sind, wird wohl ohne weiteres einleuchten.

Wie steht es mit den Rechtsverhältnissen des ausgeschiedenen Gesellschafters zu den Schuldnern und Gläubigern der Gesellschaft? Ihm stehen Forderungen gegen die Schuldner der Gesellschaft nicht mehr zu; denn diese sind ja auf den Übernehmenden übergegangen. Für die Verbindlichkeiten der Gesellschaft haftet er aus § 128, so-

1) Regelung für die augenblicklichen Verhältnisse, soweit sie für Kriegsteilnehmer in Frage kommen, findet diese Frage in der „Verordnung über die Einstellung und Entlassung der Arbeiter und Angestellten während der Zeit der wirtschaftlichen Demobilmachung," vom 3. September 1919 (RGBl. 1919 Nr. 167 S. 1500). § 7 der Verordnung zwingt sowohl den Rechtsnachfolger als auch Geschäftsnachfolger die nach § 3 dem Unternehmer auferlegte Verpflichtung, Kriegsteilnehmer wieder einzustellen, zu übernehmen. Wir dürfen dieser Verordnung aber allgemein rechtspolitischen Charakter nicht beimessen; denn sie ist geboren aus der Not der Zeit, und in dieser hat man aus rein wirtschaftlichen Gründen etwas gesucht, woran man die alten Dienstverhältnisse wieder anknüpfen kann, und ist lediglich von dem Gesichtspunkt ausgegangen, daß, wo früher eine Arbeitsstelle gewesen ist, diese auch nun wieder besetzt werden kann. Zudem ist auch nicht von einem Fortbestehen des Dienstverhältnisses, das ja völlig gelöst war, die Rede, sondern vom Zwang zum Eingehen eines neuen Anstellungsvertrages. Den Anknüpfungspunkt gibt allerdings hier wieder das Unternehmen.

weit sie in der Zeit entstanden sind, als er Mitglied der Gesellschaft war; dieser Grundsatz gilt auch inbezug auf die Abwicklungsgeschäfte, d. h. der zur Zeit seines Ausscheidens noch schwebenden Geschäfte; obwohl der Ausgeschiedene im Innenverhältnis noch daran beteiligt ist, tritt den Gläubigern gegenüber doch nur der Übernehmer auf, und auf diesen beschränkt sich auch die Haftung [1]). Für den Ausscheidenden kommt die Verjährung des § 159 zur Anwendung; sie beginnt mit dem Tage, an welchem das Ausscheiden resp. die Auflösung der Gesellschaft in das Handelsregister eingetragen ist (§ 159 Abs. 2). Der Übergang der Passiven ist in seiner Wirkung nur eine Erfüllungsübernahme durch den Übernehmer; denn den Gläubiger kann nicht zugemutet werden, daß sie sich nach dem Willen der Schuldner mit einer geringeren Zahl von Schuldnern mit ihrer Haftung begnügen. Erwähnt sei noch, daß der in Anspruch genommene Ausgeschiedene nach § 129 neben seinen persönlichen Einwendungen alle diejenigen hat, die die Gesellschaft würde geltend machen können, wenn sie noch bestände [2]). Anerkenntnisse, Verzichte und Vergleiche muß er auch gegen seine Person gelten lassen.

Wir haben nun noch die Wirkung der Übernahme des Geschäfts im Innenverhältnis zu betrachten. Hier gibt uns das Gesetz in § 142 Abs. 3 wieder die Richtung; die Vorschriften über Auseinandersetzung beim Ausscheiden eines Mitgliedes sollen entspechende Anwendung finden; in Betracht kommen also vornehmlich die §§ 738—740 BGB.

Zunächst die Rechte des Ausscheidenden. Ein-

1) Staub, Exc. zu § 141 Anmerkung 23; RG. in JW. 02 S. 445 Nr. 10.

2) Staub, § 129 Anmerkung 6 u. 15. Lehmann-Ring § 129 Nr. 1 u. 2; Goldmann, § 159. Nr. 6

mal ist hier an die Sachen zu denken, die er quoad usum, d. h. lediglich zur Benutzung eingebracht hat. Diese sind ihm in Natur herauszugeben (BGB. § 732); Vergütung wird für die Benutzung im Zweifel nicht geleistet (BGB. § 733 Abs. 2 Satz 3). Sind sie durch Zufall untergegangen oder verschlechtert, so hat er keinen Ersatzanspruch (BGB. § 732); ist Untergang oder Verschlechterung von der Gesellschaft oder einzelnen Gesellschaftern zu vertreten, so hat er Schadensersatzansprüche nach allgemeinen Regeln[1]). Anders liegt es mit dem Anspruch wegen Sachen, die er zum Eigentum — quoad sortem — in die Gesellschaft eingebracht hat; diese kann er nicht zurückverlangen, sondern nur den Geldwert.

Im übrigen hat er nur einen Geldanspruch gegen den Übernehmer in Höhe des Anteils, den er als Gesellschafter zur Zeit der Auseinandersetzung an dem Gesellschaftsvermögen hatte (§ 738 BGB). Daß dieser Anspruch nur eine Geldforderung ist, geht aus dem Gesetzestexte (§ 738) unzweifelhaft hervor, während es im alten Handelsgesetzbuch mangels besonderer Bestimmung eine bestrittene Frage war. Zeitpunkt der Auseinandersetzung ist in unserem Falle der Zeitpunkt der Erhebung der Klage; so fast einstimmig die Kommentare[2]). Anderer Meinung ist allerdings Lehmann-Ring[3]) und RG. 56,18, das ganz richtig auf den Abs. 2 des § 140 HGB. verweist, nach dem für die Auseinandersetzung die Vermögenslage in dem Zeitpunkt maßgebend ist, in dem die Klage erhoben ist, in nicht zu verstehender Weise aber bei „entsprechender

1) Staudinger § 732 Absatz 2.

2) Goldmann, § 142 Anmerkung. 16; Staub § 142 Anmerkung 4; Düringer-Hachenburg, § 142, Anmerkung 4; Brand, § 142 2 c γ.

3) Lehmann-Ring, HGB. II.. Buch, 1. Abschnitt Anhang zum V. Titel Anmerkung 12.

Anwendung" dieses Paragraphen den Zeitpunkt der Auflösung der Gesellschaft und der Übernahme des Geschäftes als maßgebend bezeichnet.

Die Berechnung des Wertes des Geschäftsanteiles bereitet allerdings einige Schwierigkeiten; nicht darf etwa ein Liquidationswert angesetzt werden; denn die Erhaltung der Werte des Unternehmers muß auch dem Ausscheidenden zugute kommen. Es ist vielmehr davon auszugehen, daß das Geschäft als ganzes fortbestehen soll (RG. in LZ. 09 S. 229 Nr. 4). Ermittelt wird der Anteil des Ausscheidenden durch eine Bilanz. Eine äußerst interessante Frage ist es, wie eine solche Abschichtungsbilanz aufzustellen ist. Der Unterschied zwischen einer Abschichtungsbilanz und einer gewöhnlichen Jahresbilanz liegt darin, daß erstere nicht eine Gewinn — oder Verlustberechnung, sondern eine wirkliche Vermögensermittelung zum Ziele hat, weshalb die zuletzt aufgestellte Jahresbilanz auch keineswegs von beiden Teilen als Unterlage angenommen zu werden braucht (RG. JW. 02 S. 590 Nr. 14; RG. 94, 107) Außerordentliche Abschreibungen sind bei der Bewertung der Aktiven anzurechnen; denn sie sind meist versteckte Reserven, an denen der Ausscheidende seinen Anteil fordern kann; die Werteinschätzung hat unabhängig vom Buchungswert, nach dem realen Werte zu geschehen.

Schwierigkeiten macht auch die Bewertung von unsicheren Außenständen. Als noch nicht abgewickelte Geschäfte dürfen sie nicht betrachtet werden; daran liegt dem Kaufmanne auch nichts; denn er macht nach Möglichkeit reine Bahn, selbst unter eventuellem Verlust; sie werden in der Bilanz vorsichtig zu bewerten sein, einen eventuellen Verlust oder Gewinn, der wider Erwarten eintreten sollte, trägt dann der Übernehmer. Auch für den Fall, daß eine

von einem sorgfältig verfahrenden Kaufmann gutgläubig als rechtsbeständig angesehene Forderung später durch richterliche Entscheidung als nicht zu Recht bestehend festgestellt wird, will das RG. 68,1 eine Berichtigung der aufgestellten Bilanz im Interesse der Stetigkeit und Sicherheit der Rechtslage nicht zulassen. Es soll hier nicht geprüft werden, wieweit die Entscheidung begründet ist. In dem ihr zugrunde liegendem Fall mag die Interessenlage etwas anders gestaltet sein, was hier nicht festgestellt zu werden braucht, in unserem Falle der Auseinandersetzung zwischen den beiden Gesellschaftern einer aufgelösten offenen Handelsgesellschaft würde aber das Festhalten an der materiell unrichtigen Bilanz zu einer ungerechtfertigten Bereicherung der einen Partei führen.

Von Unantastbarkeit einer Bilanz, namentlich bei den zu veröffentlichenden Bilanzen der Aktien Gesellschaften und der Gesellschaften mit beschränkter Haftung, darf im allgemeinen nicht die Rede sein; so auch R.G. 32,91 und 94 und R.O.H.G 23, 172, die verlangen, daß Irrtümer in der Bilanzaufstellung auch später noch berücksichtigt werden.

Daß der Wert der Aktiven als zu einem lebenden Unternehmen gehörig festgestellt werden soll, wurde schon gesagt. Außerdem wird aber noch ein besonderer Posten auf der Aktivseite für das Unternehmen als solches angesetzt werden dürfen (LZ. 09 S. 229, Nr. 4 und RG. 94. 106). Der Einwand, den Düringer-Hachenburg § 138 Anm. 11 in Betracht zieht, aber selbst verwirft, daß nämlich für den Fall der Auflösung, d. h. wenn der andere das Geschäft nicht übernehmen würde, der Ausscheidende auch nur den Liquidationswert erhalten würde, dürfte nicht stichhaltig sein; denn wir haben ja nicht vom Hypothetischen, sondern vom Konkreten auszugehen, und das

ist die Fortführung des Unternehmens und die Erhaltung der Werte.[1]) Dieser Wert des lebenden Unternehmens ist auch in unserem Fall in die Abschichtungsbilanz einzusetzen.[1])

---

1) Ausführlich sind Wert des Unternehmens und Interesse an der Erhaltung behandelt von Müller-Erzbach ZHR. 61,357, Erhaltung des Unternehmens und ZHR. 64,530, Schutz der Unternehmerarbeit. Hier sei kurz zusammengestellt, worin dieser Wert eines Unternehmens als solchen besteht. Es kommen in Betracht:

1) der Gebrauchswert der zu dem Unternehmen gehörigen Gegenstände. Dieser zeigt sich darin, daß ihr Wert bei Auflösung eines Unternehmens augenblicklich auf den Liquidations- oder Verkaufswert herabsinkt, der im Vergleich zum ersteren immer prozentual sehr gering ist.

2) die Erfahrungen, wie man Gewinne erzielen und vor Verlust sich bewahren kann, wie gerade das betreffende Unternehmen zu betreiben ist. Z. B. ergibt sich der Wert der Reklame, wie und wo sie angebracht werden muß und welche Mittel dafür anzusetzen sind, wenn sie überhaupt Erfolg haben soll, erst nach einer gewissen Zeit.

3) die Chancen, d. h. die Möglichkeit des Ausbaues der Organisation. Der Begriff Chancen wird in der Literatur meist viel weiter gefaßt, manchmal scheint er sich mit dem Begriff des Unternehmens ganz zu decken; (Lehmann, Lehrbuch § 24, 5 I c.) richtiger wird er aber wohl enger zu fassen sein (Müller-Erzbach, Lehrbuch S. 85: Staub § 22 Anmerkung 4; RG. 55,125.) als die Möglichkeit und Aussicht, durch gute Leistung und rührige Tätigkeit das Unternehmen zu befestigen und auszubauen.

4) An sich liegt auch ein Wert in der Arbeitsgelegenheit, doch besteht dieser Wert für die Allgemeinheit, nicht für die in unserem Falle des § 142 Beteiligten. Wohl aber liegt, wenn wir an die Angestellten denken, die längere Zeit in dem Unternehmen tätig waren, in deren Erfahrungen, in der Erprobung ihrer Zuverlässigkeit, in dem steigenden Interesse eines ordentlichen Angestellten eine Erhöhung ihrer Arbeitskraft, ein realer Wert.

Wir sehen, in dem Unternehmen stecken aufgespeicherte und werbende Kräfte. Nicht ohne Grund sind gerade in wirtschaftlich schlechten Zeiten wie den jetzigen die Aktien etc. von Industrieunternehmungen, obgleich diese oft kaum einen Verdienst aufweisen, zum Teil sogar zusetzen, eine begehrte Kapitalanlage; was ist es, das die

Hinsichtlich schwebender Geschäfte hat der Ausgeschiedene im Innenverhältnis noch einen Anteil zu fordern. (BBG. § 740); als schwebende Geschäfte sind solche anzusehen, die z. Zt. des Ausscheidens schon begonnen sind, deren Vollendung aber erst in spätere Zeit fällt. Eine rechnerische Abwertung des an ihnen sich ergebenden Gewinnes oder Verlustes läßt sich vorher nicht feststellen; die rechtliche Beteiligung muß aber berücksichtigt werden im Interesse beider Beteiligten. Aber der Ausgeschiedene nimmt nicht an ihrer Durchführung, sondern nur an dem Ergebnis der Geschäfte teil, an diesem aber in gleicher Weise, als wenn er noch Gesellschafter wäre. Auf die Erledigung der Geschäfte hat der Ausgeschiedene allerdings keinen Einfluß mehr; weder hat er ein Einspruchsrecht gegenüber dem Übernehmer, noch ein Kontrollrecht nach § 118 HGB.; die Geschäftsführung steht lediglich dem übernehmenden Gesellschafter zu; auch hierfür wird die Haftung für Sorgfalt in eigenen Angelegenheiten anzunehmen sein als eine Folge oder Weiterwirkung des alten Gesellschaftsverhältnisses, in welchem die Tätigkeit des Übernehmenden zum Teil ja auch ihren Grund hat; dieses wird auch gelten, obgleich es jetzt zum Teil die Geschäfte eines anderen sind, die er — allerdings in eigenem Namen — besorgt. Rechenschaft über beendigte und Auskunft über noch schwebende Geschäfte kann der Ausgeschiedene dagegen nach § 740 Abs. 2 jährlich noch fordern, sodaß er nicht ganz auf das freie

Käufer solcher Wertpapiere dazu veranlaßt? Einmal wohl der große Wert, der in den Anlagen, Gebäuden, Maschinen etc. steckt und der immerhin noch eine ziemlich reale Sicherheit bietet; aber mehr wird es sein der Gedanke, daß daß Unternehmen als Organisation wertvolle eigene Kräfte in sich hat, die wohl in ihrer Entfaltung gehemmt werden können durch wirtschaftlich notleidende Zeiten, die sich aber wieder betätigen werden, sobald sich diese Zeiten wieder geändert haben.

Schalten und Walten des anderen angewiesen ist. Dieses alles ebenso wie die Auszahlung seines Anteiles am Gewinn kann er allerdings nur am Ende eines Geschäftsjahres verlangen nach der ausdrücklichen Bestimmung des Gesetzes.

Beide Parteien haben an der Aufstellung der Vermögensberechnung mitzuwirken so auch RG. 15,82, der Ausgeschiedene kann Einsicht in die Bücher verlangen, evtl. auch einen Sachverständigen zuziehen (RG. 25,88).

Ferner hat der Ausgeschiedene das Recht, Befreiung von den Schulden zu verlangen. Von den Verbindlichkeiten, für die kraft besonderer Abmachung mit den Gläubigern nur das Gesellschaftsvermögen haftete, wird er ipso iure frei durch Ausscheiden aus der Gesellschaft resp. durch ihre Auflösung. Auf welche Weise im übrigen die Befreiung erreicht wird, ist im Gesetze nicht gesagt, in der Regel wird sie durch Zahlung der Verbindlichkeiten oder durch Schuldübernahme nach § 414 BGB. vor sich gehen; für noch nicht fällige Schulden wird Sicherheitsleistung nach § 232 BGB. durch den Übernehmer zum Ziele führen.

Ist der Übernehmer in dieser Beziehung seinen Verpflichtungen nicht nachgekommen, und ist der Ausgeschiedene mit Erfolg von den Gläubigern in Anspruch genommen, so hat er Regreß gegen den Übernehmer.[1]).

Ob sich die Pflicht zur Befreiung von Schulden auch auf streitige Verbindlichkeiten bezieht, ist bestritten. RG. 60,155 verneint sie[2]), einmal, weil es im Gesetze nicht besonders erwähnt sei, dann auch aus dem Grunde, daß der Ausgeschiedene andere Mittel habe, sich der Zahlungs-

1) Staub, Exc. zu § 141 Anmerkung 12.

2) Derselben Meinung Planck, 3. Auflage. § 738, 2 b; a. M.: Staub Exc. zu § 141 Anmerkung 10; Planck, 2. Auflage § 738.

pflicht vorläufig zu entziehen, z. B. Streitverkündung, negative Feststellungsklage; anderseits dürften dem Übernehmer nicht unnötige Aufwendungen, die ihm evtl. Schwierigkeiten bereiten dürften, zugemutet werden.

Die Möglichkeit von Ersatzansprüchen aus Aufwendungen nach § 110 HGB., für die der Übernehmer aufzukommen hat, sei hier erwähnt.

Aber auch der Übernehmer hat einige Rechte gegen den Ausscheidenden. Einmal kann er nach § 739, wenn sich bei Berechnung des Kapitalkontos des Ausscheidenden ein Passivsaldo herausstellen sollte, Begleichung desselben durch Barzahlung beanspruchen. Ob dieses einen Einfluß auf die Verpflichtung des Übernehmers zur Befreiung von Schulden hat, ist bestritten; Staudinger lehnt dieses ab (§ 739 Abs. 3), desgleichen Staub (Exc. zu § 141 Anm. 11), anderer Meinung ist Düringer-Hachenburg (IV, Allgemeine Vorb. § 792), der Verweigerungsrecht betreffs der Befreiung bis zur Zahlung des Passivbetrages annimmt. Da im Falle des Fortbestehens einer Gesellschaft der Betrag des Passivsaldos an die Gesellschaft, die Befreiung von den Verbindlichkeiten von der Gesamtheit der Gesellschafter zu leisten wäre, nach Düringer-Hachenburg (IV. Allg. Vorb. Anm. 83 ff.) daher Sozialanspruch und Sozialverpflichtungen vorlägen, ist wohl auch für unseren Fall dem Übernehmer ein Verweigerungsrecht zuzugestehen. Die Bestimmung des § 707 BGB., nach der die Gesellschafter zur Ergänzung der Einlage nicht verpflichtet sind, steht der Verpflichtung der Zahlung eines Passivsaldos nach § 739 nicht entgegen, da der § 707 ja nur für die bestehende Gesellschaft gilt.

Nicht uninteressant ist die Frage des Konkurrenzverbotes. Richtig ist wohl, daß das in § 112 für die

Gesellschaft aufgestellte Konkurrenzverbot erlischt;[1]) seinen Zweck mag man darin gesehen haben, daß es verhindern sollte, daß der Gesellschafter seine Tätigkeit oder sein Vermögen der Gesellschaft entziehe, oder darin, ihm die Möglichkeit zu nehmen, die Entfaltung der Gesellschaft durch Unterstützung der Konkurrenz zu beeinträchtigen; in beiden Fällen entfällt der Zweck mit Auflösung der Gesellschaft. Soweit Konkurrenzverbote vertraglich ausgemacht sind, sind sie natürlich einzuhalten. Aber auch ohne besondere Abmachung sind im Falle einer vertragsmäßigen Übernahme des Geschäftes wohl gewisse Verpflichtungen mit dieser verbunden, den Unternehmer in der Ausnutzung des Unternehmens nicht zu stören, insbesondere nicht unter Ausnutzung der Geschäftskenntnisse ein Konkurrenzunternehmen zu begründen; das würde durch Auslegung der Verträge nach Treu und Glauben (BGB. § 157) wohl zu erwarten sein. Ein solcher Veräußerungsvertrag liegt in unserm Fall aber nicht vor; aus diesem Gesichtspunkt heraus würde also ein Konkurrenzverbot für unsern Fall des § 142 HGB. entfallen. Aber aus einem anderen Gesichtspunkte könnte ein solches doch in Betracht kommen; wir sahen, daß bei der Abfindungsbilanz die Erhaltung der Werte des Unternehmens auch dem Ausscheidenden zugutekommt. Könnte man hierfür als Äquivalent aber nicht auch verlangen, daß er sich dafür auch solcher Handlungen enthält, die das Unternehmen schädigen, die diese angesetzten Werte sofort mindern würden? Doch mag eine solche Verpflichtung, wenn auch nicht bei Übernahme durch Vertrag, so doch in Fällen wie dem unsrigen, immerhin zweifelhaft erscheinen.

Zum Schluß sei noch kurz auf den Abs. 2 des § 142 HGB. hingewiesen; in seinen Voraussetzungen etwas anders,

1) OHG. 21,145; Staub § 112 Anmerkung 6.

sind auch zu seiner Durchführung einige Abweichungen zu beachten; der Erfolg ist auch hier derselbe.

Einmal ist hier der Fall geregelt, daß ein Privatgläubiger eines Gesellschafters von dem ihm nach § 135 zustehenden Kündigungsrechte Gebrauch macht; dieses ist ihm gegeben, wenn er nach vergeblicher Zwangsvollstreckung in das bewegliche Vermögen des Gesellschafters auf Grund eines nicht bloß vorläufig vollstreckbaren Titels die Pfändung und Überweisung des Anspruches auf dasjenige erwirkt hat, was dem Gesellschafter bei der Auseinandersetzung zukommt. Hier hat beim Vorhandensein von nur zwei Mitgliedern derjenige, bei dem der Grund zur Kündigung nicht vorlag, ein Recht auf Übernahme des Geschäftes mit Aktiven und Passiven. Dieses Recht macht er geltend durch eine zwar empfangsbedürftige Willenserklärung gegenüber dem Gläubiger des Gesellschafters, ohne aber von dessen Zustimmung abhängig zu sein. Gebrauch machen kann er von seinem Recht aber erst mit der Auflösung der Gesellschaft, also am Ende des Geschäftsjahres, zu dem die Kündigung erfolgt ist. Ist diese rechtzeitig, d. h. 6 Monate vorher geschehen, so tritt an diesem Zeitpunkte die Auflösung der Gesellschaft ipso iure ein. Macht dann der an der Kündigung unschuldige Gesellschafter von seinem Rechte Gebrauch, so geht mit Ausscheiden des anderen Gesellschafters und Auflösung der Gesellschaft das Geschäft mit Aktiven und Passiven in der für den Fall des Abs. 1 behandelten Weise über. Der für die Auseinandersetzung maßgebende Zeitpunkt ist in diesem Falle dann das Ende des Geschäftsjahres [1]).

Der andere Fall des Abs. 2 ist die Eröffnung des Konkurses über das Vermögen eines Gesellschafters. An

1) Makower, §§ 142 V, 141 I; Goldmann: § 142 Nr. 17.

sich würde die Gesellschaft nach § 131 Ziff. 5 durch den Konkurs aufgelöst, und es müßte Liquidation, also Zerstörung des Unternehmens, erfolgen. Schon § 141 Abs. 2 gibt den übrigen Gesellschaftern in einem solchen Falle das Recht, die Gesellschaft fortzusetzen; entsprechend gibt hier der § 142 Abs. 2 bei der nur aus zwei Mitgliedern bestehenden offenen Handelsgesellschaft dem anderen Gesellschafter das Recht, das Geschäft mit Aktiven und Passiven zu übernehmen, wodurch die Liquidation vermieden wird, auch ohne daß der Konkursverwalter nach § 145 Abs. 2 seine Zustimmung zu geben braucht. Die Erklärung ist dem Konkursverwalter gegenüber abzugeben und zwar unverzüglich oder doch in einer kurz zu bemessenden Frist — über die das Gesetz allerdings nichts bestimmt — da sonst die Wirkung des § 131 Ziff. 5' nämlich Auflösung der Gesellschaft und Liquidation nach § 145 Abs. 1 stattfindet. Ist aber einmal das letztere eingetreten, so ist nach § 145 Abs. 2 die Vermeidung der Liquidation, also Übernahme des Geschäftes mit Aktiven und Passiven, nur noch mit Zustimmung des Konkursverwalters möglich. Maßgebend für die Auseinandersetzung ist die Zeit der Konkurseröffnung. [1]). Die Abfindungssumme des Gemeinschuldners wird in diesem Falle eine Forderung der Konkursmasse; für den Fall des Passivsaldos für den Ausscheidenden muß der übernehmende Gesellschafter seine Forderung im Konkurs anmelden.

1) Düringer Hachenburg, § 142 Anmerkung 7: Makower, § 142 V.; § 141 II; Goldmann, § 142 Anmerkung 18.